

BGH, Urteil vom 01.10.2008, Az.: XII ZR 172/06

Leitsatz

Dem gemäß § 623 Abs. 2 Satz 2 ZPO gestellten Antrag eines Ehegatten auf Abtrennung einer Sorgerechtsfolgesache ist grundsätzlich zu entsprechen. Bei Unterhaltsfolgesachen (§ 623 Abs. 2 Satz 3 ZPO) ist einem Abtrennungsantrag dagegen nur dann stattzugeben, wenn ein sachlicher Zusammenhang zwischen elterlicher Sorge und Kindesunterhalt bzw. Betreuungsunterhalt besteht, der eine Vorabentscheidung über den Unterhalt erfordert. Ohne einen solchen Zusammenhang ist der den Unterhalt betreffende Abtrennungsantrag von dem Zweck des § 623 Abs. 2 Satz 3 ZPO nicht gedeckt und läuft dem Schutzzweck des Scheidungsverbundes und § 628 Satz 1 Nr. 4 ZPO zuwider.

Tenor

Auf die Revision der Antragsgegnerin wird das Urteil des 3. Senats für Familiensachen des Oberlandesgerichts Hamm vom 10. August 2006 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien sind seit 1990 miteinander verheiratet. Aus ihrer Ehe ist der am 21. September 1992 geborene Sohn D. hervorgegangen, der bei der Mutter lebt. Seit Februar 2001 leben die Ehegatten getrennt. Der Scheidungsantrag des Ehemannes (Antragsteller) ist der Ehefrau (Antragsgegnerin) am 30. Mai 2001 zugestellt worden.

Der Antragsteller lebt inzwischen in der Schweiz. Aus der Beziehung zu seiner neuen Lebensgefährtin ist am 5. September 2003 eine Tochter hervorgegangen, für die er sich zu Unterhaltszahlungen verpflichtet hat. Außerdem wurde er verurteilt, Trennungsunterhalt und Kindesunterhalt für das Kind D. zu zahlen.

Im Rahmen des Scheidungsverfahrens hat die Antragsgegnerin Anträge auf Zahlung von nachehelichem Unterhalt und Zugewinnausgleich gestellt und darüber hinaus beantragt, ihr die elterliche Sorge für D. allein zu übertragen. Die den Zugewinnausgleich betreffende Folgesache ist von den Parteien in der Hauptsache für erledigt erklärt worden. Die Folgesachen elterliche Sorge und nachehelicher Unterhalt hat das Familiengericht auf Antrag des Antragstellers - gegen den Widerspruch der Antragsgegnerin - nach § 623 Abs. 2 ZPO abgetrennt. Sodann hat es die Ehe der Parteien geschieden und den Versorgungsausgleich zugunsten der Ehefrau geregelt.

Mit der gegen das Verbundurteil gerichteten Berufung hat die Ehefrau geltend gemacht, die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Ehescheidung vor der Entscheidung über die Folgesachen hätten nicht vorgelegen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision der Antragsgegnerin, mit der sie weiterhin begehrt, dass zusammen mit der Scheidung über die Folgesachen entschieden wird.

Entscheidungsgründe

I.

Die Revision ist zulässig, auch wenn sie sich allein gegen die erfolgte Abtrennung der Scheidungsfolgesachen elterliche Sorge und nachehelicher Unterhalt aus dem Verbund richtet. Wird dem Scheidungsantrag zu Unrecht vor der Entscheidung über eine Folgesache stattgegeben, so schafft dies im Fall einer Abtrennung nach § 628 ZPO nach der Rechtsprechung des Senats eine selbständige Beschwerde, die mit Rechtsmitteln gegen das Scheidungsurteil gerügt werden kann (Senatsurteile vom 14. Dezember 1983 - IVb ZR 62/82 - FamRZ 1984, 254, 255 und vom 27. März 1996 - XII ZR 83/95 - FamRZ 1996, 1070, 1071). Das gilt in gleicher Weise für die hier erfolgte Abtrennung nach § 623 Abs. 2 Satz 2 und 3 ZPO (Johannsen/Henrich/Sedemund-Treiber Eherecht 4. Aufl. § 623 Rdn. 14 d; Zöller/Philippi ZPO 26. Aufl. § 623 Rdn. 32 i; Hk-ZPO/Kemper 2. Aufl. § 623 Rdn. 34; im Ergebnis ebenso OLG Düsseldorf FamRZ 2000, 842; OLG Frankfurt FF 2001, 66 [LS; Volltext bei juris]; a.A. Büttner FamRZ 1998, 585, 592 und NJW 1999, 2315, 2325 f.; Bergerfurth/Rogner Der Ehescheidungsprozess 15. Aufl. Teil 1 Rdn. 42). Auch insofern ist dem eine umfassende Verbundentscheidung erstrebenden Ehegatten die Möglichkeit eröffnet, dieses Ziel im Wege eines Rechtsmittels zu erreichen.

II.

Die Revision ist auch begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

1. Das Oberlandesgericht, das die Zulässigkeit der Berufung nach den vorstehenden Ausführungen zu Recht bejaht hat, hat die Abtrennung der Folgesachen elterliche Sorge und nachehelicher Unterhalt für rechtlich unbedenklich gehalten. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Eine teleologische Einschränkung des § 623 Abs. 2 ZPO sei mit der herrschenden Meinung nur im Falle des Missbrauchs gerechtfertigt. Maßgebend sei zunächst der eindeutige Wortlaut der Vorschrift, der eine Abtrennung auf entsprechenden Antrag ausdrücklich vorsehe. Eine über Missbrauchsfälle hinausgehende Ablehnung der Abtrennung lasse sich aus der Begründung des Gesetzesentwurfs nicht herleiten. Nachdem nur noch auf Antrag eines Ehegatten über die elterliche Sorge zu entscheiden sei, werde mit der in der Begründung

genannten Möglichkeit, eine solche Entscheidung auch künftig für die Zeit vor der Scheidung zu erreichen, nur eine mögliche Anwendung des § 623 Abs. 2 ZPO dargestellt, ohne dass es sich um den einzigen Anwendungsfall handele. Darüber hinaus zeigten die Regelungen in § 623 Abs. 2 Satz 4 ZPO und § 628 Satz 1 Ziff. 3 ZPO, dass das Gesetz eine Fortdauer der Folgesache über den Zeitpunkt der Scheidung hinaus in Kauf nehme. Im vorliegenden Fall sei die Abtrennung danach zulässig gewesen, weil ein Missbrauch nicht festzustellen sei. Die Anträge zur elterlichen Sorge und zum nachehelichen Unterhalt seien nämlich von der Antragsgegnerin selbst gestellt, also nicht von der Gegenseite angebracht worden, um eine Abtrennung der Folgesache nachehelichen Unterhalt zu erzwingen.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis nicht stand.

2. a) Nach der mit dem Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16. Dezember 1997 (BGBl. I S. 2942) zum 1. Juli 1998 in Kraft getretenen Neufassung des § 623 Abs. 2 ZPO trennt das Gericht auf Antrag eines Ehegatten u.a. eine Folgesache nach § 621 Abs. 1 Nr. 1 (elterliche Sorge) von der Scheidungssache ab (Satz 2). Ein Antrag auf Abtrennung der Folgesache elterliche Sorge kann u.a. mit einem Antrag auf Abtrennung einer Folgesache nach § 621 Abs. 1 Nr. 5 ZPO (nachehelicher Unterhalt) verbunden werden (Satz 3). Die Abtrennung steht nach dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung weder bei der Sorgerechts- noch bei der Unterhaltsfolgesache im Ermessen des Gerichts, vielmehr ist das Gericht auch gegen den Widerspruch des anderen Ehegatten an den Abtrennungsantrag gebunden.

In Rechtsprechung und Schrifttum ist allerdings streitig, ob und ggf. unter welchen Umständen eine Abtrennung gleichwohl abgelehnt werden darf. Nach einer auf den Gesetzeswortlaut abstellenden Auffassung ist die Abtrennung grundsätzlich zwingend (OLG Düsseldorf FamRZ 2000, 840, 841; OLG Hamm FamRZ 2000, 554 und 1229; OLG Stuttgart NJW-RR 2003, 795; MünchKomm-ZPO/Finger 2. Aufl. § 623 Rdn. 8; Hoppenz/Zimmermann Familiensachen 8. Aufl. § 623 Rdn. 22; Kogel FamRZ 2007, 847, 848; weitgehend ebenso OLG Bremen OLGR 2005, 121; Musielak/Borth ZPO 6. Aufl. § 623 Rdn. 11; Zöller/Philippi aaO § 623 Rdn. 32 f, 32 g). Die überwiegende Meinung geht indessen dahin, dass auch für eine Abtrennung nach § 623 Abs. 2 Satz 2 und 3 ZPO die allgemeine Schranke des Rechtsmissbrauchs zu beachten ist und missbräuchlich gestellte Abtrennungsanträge zurückgewiesen werden dürfen (OLG Karlsruhe FamRZ 2005, 1495, 1496; OLG München FamRZ 2000, 1291 [LS] und OLGR 2008, 478, 479; OLG Schleswig NJWE-FER 2000, 299; Büttner FamRZ 1998, 585, 592; Klinkhammer FamRZ 2003, 583 f.; Bergerfurth/Rogner aaO Teil 1 Rdn. 43; Göppinger/Börger Vereinbarungen anlässlich der Scheidung 8. Aufl. Teil 1 Rdn. 115; FamRefK/Hoffmann § 623 Rdn. 21; Niepmann MDR 2000, 613, 619; Thomas/Putzo/Hüßtege ZPO 29. Aufl. § 623 Rdn. 20; Hk-ZPO/Kemper aaO § 623 Rdn. 34; Luthin/Kamm Unterhaltsrecht 10. Aufl. Rdn. 7115). Darüber hinausgehend wird schließlich angenommen, die Abtrennungsmöglichkeit nach § 623 Abs. 2 ZPO sei einschränkend dahin auszulegen, dass damit lediglich - als Ersatz für § 1672 BGB a.F. - eine Entscheidung über das Sorgerecht schon vor Rechtskraft der Scheidung ermöglicht werden solle, nicht aber umgekehrt ein Scheidungsausspruch vor der Entscheidung über ein im Verbund anhängiges Sorgerecht. Letzteres laufe der Warnfunktion des Verbunds und der inhaltlich unverändert gebliebenen Regelung in § 628 Satz 1 Nr. 3 ZPO zuwider (OLG Köln FamRZ 2002, 1570, 1571; OLG Frankfurt FF 2001, 66 [LS; Volltext bei juris]; Bergerfurth/Rogner aaO Teil 1 Rdn. 41).

b) Der Senat folgt im Grundsatz der Auffassung, dass ein rechtsmissbräuchlich gestellter Abtrennungsantrag zurückgewiesen werden darf (vgl. auch Senatsbeschluss vom 1. Oktober 2008 - XII ZB 90/08 - zur Veröffentlichung vorgesehen). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lässt sich die Frage, ob ein Missbrauch vorliegt, allerdings nicht allein danach beantworten, ob derjenige Ehegatte, der die Abtrennung beantragt hat, zugleich Antragsteller der Folgesache ist. Vielmehr erfordert diese Beurteilung eine weitergehende Würdigung, in die vor allem der Normzweck einzubeziehen ist (vgl. zur Zulässigkeit einer am Normzweck ausgerichteten restriktiven Auslegung etwa Bork BGB Allgemeiner Teil Rdn. 135).

Nach der Begründung des Regierungsentwurfs zum Kindschaftsrechtsreformgesetz soll mit der Möglichkeit der Abtrennung der Sorgeverfahren von der Scheidungssache auch künftig bereits für die Zeit der Trennung eine Entscheidung in der Hauptsache (d.h. über die elterliche Sorge) erreicht werden können. Wegen des häufig bestehenden Zusammenhangs zwischen Übertragung der Sorge und Unterhaltsansprüchen des Kindes sowie Betreuungsunterhalt eines Ehegatten soll der Antrag auf Abtrennung der Folgesache elterliche Sorge mit einem Abtrennungsantrag betreffend die unterhaltsrechtlichen Folgesachen verbunden werden können (BT-Drucks. 13/4899 S. 122). Daraus kann indessen nicht gefolgert werden, dass die Schutzfunktion des Scheidungsverbunds aufgegeben werden sollte. Vielmehr geht die Entwurfsbegründung ausdrücklich davon aus, dass auch weiterhin die vom Scheidungsverbund erfassten Verfahren gleichzeitig verhandelt und entschieden werden. Das Gesetz trägt jedoch den Änderungen des materiellen Rechts, insbesondere im Bereich der elterlichen Sorge, Rechnung (BT-Drucks. 13/4899, S. 74). Sinn der neu geschaffenen Abtrennungsmöglichkeit und Motiv des Gesetzgebers war es, vor dem Hintergrund des Entfallens der Sorgerechtsentscheidung von Amts wegen eine Vorabentscheidung über die elterliche Sorge schon für die Zeit der Trennung zu ermöglichen.

Allerdings schließt das Gesetz nicht aus, dass dieses Ziel im Einzelfall nicht erreicht werden kann. § 623 Abs. 2 Satz 4 ZPO, nach dem im Fall einer Abtrennung die Folgesache als selbständige Familiensache fortgeführt wird, spricht vielmehr dafür, dass das Gesetz eine Fortdauer der Folgesache über den Zeitpunkt

der Scheidung hinaus in Kauf nimmt (ebenso Büttner FamRZ 1998, 585, 592). Daraus kann entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts aber nur geschlossen werden, dass es für die Abtrennung der Folgesache elterliche Sorge nicht von Bedeutung ist, ob eine Entscheidung in jedem Fall vor der Scheidung zu erwarten ist. Dagegen ist die Annahme nicht gerechtfertigt, die Unterhaltsfolgesachen sollten auch dann abgetrennt werden dürfen, wenn sie in keinem sachlichen Zusammenhang mit der Entscheidung über die elterliche Sorge stehen und mit ihrer Abtrennung deshalb allein eine Beschleunigung des Scheidungsverfahrens erreicht werden soll.

Die Möglichkeit, die gleichzeitige Abtrennung von elterlicher Sorge und Unterhaltsfolgesachen nach § 623 Abs. 2 Satz 3 ZPO zu erlangen, beruht - wie bereits ausgeführt - nach den Vorstellungen der Entwurfsbegründung auf dem häufig bestehenden Zusammenhang zwischen Sorgerechts- und Unterhaltsfolgesachen. In der Begründung ist zwar nicht angegeben, an welchen konkreten Zusammenhang gedacht war und welcher Zweck mit der Abtrennung auch der Unterhaltsfolgesachen verfolgt werden soll. Die Unterhaltssachen müssen sich, um überhaupt im Scheidungsverbund geführt werden zu können, aber auf die Zeit ab Rechtskraft der Scheidung beziehen; insoweit ist eine Vorabentscheidung anders als bei der Sorgerechtsache indessen nicht sinnvoll. Hierfür stehen vielmehr die Ansprüche auf Kindesunterhalt (vor der Scheidung) und auf Trennungsunterhalt zur Verfügung, die ohnedies außerhalb des Scheidungsverbunds geltend zu machen sind.

Aufgrund des Zusammenhangs zwischen Sorgerecht und Kindesunterhalt bzw. Betreuungsunterhalt ist daher die Annahme nahe liegend, dass es dem Gesetzgeber um das Kindeswohl und in diesem Zusammenhang um die Sicherstellung des Kindesunterhalts und des Unterhalts des Elternteils ging, der das Kind betreut (Schwab/Maurer/Borth Handbuch des Scheidungsrechts 5. Aufl. I Rdn. 369). Demgegenüber bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass entgegen den Interessen des Kindes und des betreuenden Elternteils die beschleunigte Scheidung ermöglicht werden sollte, während die Unterhaltsfrage ungeregelt bliebe. Dies würde auch zu einem deutlichen Wertungswiderspruch zu anderen Fällen führen, in denen es nicht um derart elementare Interessen wie den Kindesunterhalt und den Betreuungsunterhalt geht und die Abtrennung von Folgesachen dennoch nur unter wesentlich engeren Voraussetzungen möglich ist. So wäre etwa bei dem Scheidungsverfahren eines kinderlosen Ehepaares die Abtrennung einer Folgesache Zugewinnausgleich nach § 628 Satz 1 Nr. 4 ZPO nur bei außergewöhnlicher Verzögerung des Verfahrens möglich, während - zum Vergleich - die Abtrennung beim Kindesunterhalt oder Betreuungsunterhalt auf Antrag des auf Unterhalt verklagten Ehegatten sogar voraussetzungslos und zwingend anzuordnen wäre.

c) Daraus ist zu schließen, dass zwar eine Sorgerechtsfolgesache auf Antrag grundsätzlich abzutrennen ist. Bei Unterhaltsfolgesachen ist einem Abtrennungsantrag dagegen nur dann zu entsprechen, wenn ein sachlicher Zusammenhang zwischen elterlicher Sorge und Kindesunterhalt bzw. Betreuungsunterhalt des Ehegatten besteht, der eine Vorabentscheidung über den Unterhalt erfordert. Ohne einen solchen Zusammenhang ist ein die Unterhaltsfolgesachen betreffender Abtrennungsantrag von dem Zweck des § 623 Abs. 2 Satz 3 ZPO erkennbar nicht gedeckt und läuft dem Schutzzweck des Scheidungsverbunds und der seiner Wahrung dienenden Bestimmung des § 628 Satz 1 Nr. 4 ZPO zuwider (so auch OLG Karlsruhe FamRZ 2005, 1495, 1496; OLG Schleswig NJWE-FER 2000, 299; Büttner NJW 1999, 2315, 2325 f.; Klinkhammer FamRZ 2003, 583, 584; Klein FuR 2004, 295, 296).

Diese Beurteilung stimmt im Übrigen mit den Vorstellungen des Gesetzgebers überein, wie sie inzwischen in dem Entwurf eines FGG-Reformgesetzes (FGG-RG, BT-Drucks. 16/6308) zum Ausdruck kommen. Nach § 140 Abs. 2 Nr. 3 FamFG-E (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit = Art. 1 FGG-RG-E) kann das Gericht eine Kindschaftsfolgesache abtrennen, wenn es dies aus Gründen des Kindeswohls für sachgerecht hält. Nach der Begründung des Gesetzesentwurfs werden die Abtrennungsvoraussetzungen gegenüber dem bisherigen Rechtszustand insofern vollständig neu geregelt. Der Tatbestand soll die voraussetzungslose Abtrennung auf Antrag eines Ehegatten nach § 623 Abs. 2 Satz 2 ZPO ersetzen (BT-Drucks. 16/6308 S. 231). Daraus erhellt, dass auch der Gesetzgeber für das derzeit geltende Recht von einer nicht im Ermessen des Gerichts stehenden Abtrennungsentscheidung ausgeht und demgegenüber eine Änderung vornimmt.

Anders verhält es sich dagegen hinsichtlich der Unterhaltsfolgesachen. Der Gesetzgeber hat insoweit erkannt, dass die weite Fassung des § 623 Abs. 2 Satz 3 ZPO die Gefahr missbräuchlicher Abtrennungsanträge mit sich bringt. Diesem Umstand soll deshalb entgegengewirkt werden. Nach § 140 Abs. 3 FamFG-E kann das Gericht auf Antrag eines Ehegatten eine Unterhaltsfolgesache (nur noch) abtrennen, "wenn dies wegen des Zusammenhangs mit der Kindschaftsfolgesache geboten erscheint". Die Entwurfsbegründung (BT-Drucks. 16/6308 S. 231) verweist hierfür darauf, dass Abtrennungen von Unterhaltsfolgesachen, die vom Zweck der Vorschrift nicht gedeckt sind, vermieden werden sollen. Die Begründung zeigt, dass der Zweck der Vorschrift nach den Vorstellungen des Gesetzgebers unverändert bleiben soll, eine sachliche Änderung gegenüber den Vorstellungen des Kindschaftsrechtsreformgesetzes damit also nicht verbunden ist. Das bestätigt, dass schon für das geltende Recht eine einschränkende Auslegung des § 623 Abs. 2 Satz 3 ZPO geboten ist.

3. Danach kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Zwar ist die Abtrennung der Folgesache elterliche Sorge aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Hinsichtlich der Folgesache nachehelicher

Unterhalt kann ein rechtsmissbräuchlicher Abtrennungsantrag mit der gegebenen Begründung indessen nicht verneint werden. Allein der Umstand, dass der Antragsteller, der die Abtrennung beantragt hat, nicht der Antragsteller der Folgesache ist, rechtfertigt diese Annahme nicht. Entscheidend ist vielmehr, ob zwischen den Folgesachen elterliche Sorge und nachehelicher Unterhalt ein sachlicher Zusammenhang besteht. Dafür sind nach den getroffenen Feststellungen keine Anhaltspunkte ersichtlich, vielmehr spricht sogar einiges dafür, dass die Parteien sich über den Aufenthalt des Kindes bei der Mutter einig waren. In diesem Fall hätte dem Abtrennungsantrag aber nicht stattgegeben werden dürfen, sondern über die Scheidung hätte im Verbund mit den Folgesachen nachehelicher Unterhalt und Versorgungsausgleich entschieden werden müssen.

4. Der Senat ist nicht in der Lage, in der Sache abschließend zu befinden, da die zur Beurteilung des Abtrennungsantrags (ggf. auch nach § 628 Satz 1 Nr. 4 ZPO) erforderlichen Feststellungen fehlen. Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Eine Zurückverweisung an das Familiengericht scheidet im vorliegenden Fall aus. Zwar kommt grundsätzlich eine Zurückverweisung an die erste Instanz in Betracht, wenn diese ein unzulässiges Teilurteil erlassen hat. Hat nämlich das Berufungsgericht eine wegen eines wesentlichen Verfahrensfehlers an sich gemäß § 538 ZPO gebotene Zurückverweisung an die erste Instanz unterlassen, so ist diese Entscheidung durch das Revisionsgericht nachzuholen (Senatsurteil vom 12. Januar 1994 - XII ZR 167/92 - NJW-RR 1994, 379, 380 f. m.w.N.). Durch eine entsprechende Verfahrensweise kann eine Verbundentscheidung hier indessen nicht mehr erreicht werden, da das Familiengericht inzwischen über die Folgesachen elterliche Sorge und nachehelicher Unterhalt entschieden hat und wegen des nachehelichen Unterhalts ein Berufungsverfahren vor dem Oberlandesgericht anhängig ist. Eine Verbundentscheidung kann deshalb nur durch das Berufungsgericht ergehen.